

Tilburg University

## Kroniek van het vermogensrecht

Tjong Tjin Tai, T.F.E.

*Published in:*  
Nederlands Juristenblad

*Publication date:*  
2012

*Document Version*  
Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

*Citation for published version (APA):*  
Tjong Tjin Tai, T. F. E. (2012). Kroniek van het vermogensrecht. *Nederlands Juristenblad*, 2012(35), 2396-2404.

### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

# Kroniek van het vermogensrecht

Eric Tjong Tjin Tai<sup>1</sup>

Er is weer genoeg te melden over de afgelopen periode. De rechtspraak heeft het druk met mensen die niet in staat zijn om te gaan met de risico's van de moderne samenleving. Voor absolute nietigheid is steeds minder plaats. Er zijn belangrijke ontwikkelingen gaande op het snijvlak van consumenten- en overeenkomstenrecht. Er is deining ontstaan door de uitbreiding van de werkgeverszorgplicht en bijbehorende aansprakelijkheid ex art. 7:658 BW op zelfstandigen zonder personeel. Maar eigenlijk past dit heel goed in het systeem van het algemene aansprakelijkheidsrecht. En dan is er ook die uitspraak die van belang is voor alle regresvorderingen. Moeilijk is uit te leggen dat de regresvordering van een borg wel voorafgaand aan betaling bestaat vanuit faillissementsoogpunt, maar niet vanuit verjaringsoogpunt. Maar dat lukt toch.

Een belangrijke lijn in de rechtspraak betreft mensen die niet in staat zijn toereikend om te gaan met de mogelijkheden en bijbehorende risico's van de moderne samenleving, wat A-G Spier noemt, personen met een 'beperkte (...) intellectuele gezichtseinder'.<sup>2</sup> Een voorbeeld is HR 13 juli 2012, *LJN BW4986, NJ 2012/459* over de matiging van een boete.<sup>3</sup> De zaak betrof de particuliere koop van een woonhuis waarbij kopers verzuimden het financieringsvoorbehoud tijdig in te roepen (hoewel dat mogelijk leek) en daardoor de gebruikelijke boete verspeelden, hetgeen in cassatie stand hield. Hoewel juridisch juist, is het een treurig geval: een verstandig koper had immers eenvoudigweg het voorbehoud ingeroepen. De kopers lijken niet in staat te zijn om verstandig te handelen.

Vroeger zouden zulke mensen van veel risico's zijn afgeschermd doordat hen de mogelijkheid (zoals in casu een huis te kopen) niet zou zijn geboden; nu achten wij dat uit oogpunt van autonomie en gelijkheid ongewenst. De keerzijde is dat wij daarmee willens en wetens veel (financieel) leed laten ontstaan. Met allerlei informatie- en zorgplichten trachten we dan de ergste ongelukken te vermijden.<sup>4</sup> Nu wil ik niet bepleiten dat we terug moeten naar het verleden. Er is een opvoedkundig element in het toelaten dat mensen blootstaan aan gevaren die zich soms verwezenlijken: op deze wij-

ze leren wij als samenleving. 'Evolutie', zeggen sommigen, 'marktwerking', denken anderen. Het zet bovendien aan tot oplettendheid; in dat opzicht kan een zorgzame samenleving inderdaad doorslaan. Ook in deze casus betreft het mensen die zelfs de elementaire eigen verantwoordelijkheid niet hebben genomen: het zou het verkeerde signaal geven om hen toch te beschermen. Dat bevriest de samenleving op zijn laagste punt en zet aan tot onverantwoorde luiheid. Enige onzekerheid en pech hoort onverbrekkelijk bij het menselijk bestaan; we moeten niet pretenderen dat het recht dat geheel kan of moet wegnemen. Echter omgekeerd is een verabsolteerde eigen verantwoordelijkheid ook ongewenst. Dat houdt te weinig rekening met de menselijke beperkingen. Dat iedereen door schade en schande wel leert, dat de markt uiteindelijk goed werkt, is leunstoelmoraal, die voorbijgaat aan het reële leed dat intussen ontstaat en waar we in de rechtszaal concreet mee worden geconfronteerd.<sup>5</sup>

De bijzondere verdienste van het recht is dat het als enige discipline zowel het concrete als het algemene voor ogen heeft. We geloven niet blindelings in onmenselijk abstracte economische theorieën, maar verliezen ons evenmin in individuele zieligheid.<sup>6</sup> Het vinden van een balans hiertussen is de taak waar we als juristen voor zouden moeten staan.

**Dat iedereen door schade en schande wel leert,  
dat de markt uiteindelijk goed werkt, is leunstoelmoraal,  
die voorbijgaat aan het reële leed dat intussen ontstaat**

## Overeenkomsten

Overeenkomsten kunnen in het algemeen vormvrij tot stand komen, zij kunnen volgen uit verklaringen, of in gedragingen besloten liggen (art. 3:37 BW). In het bijzonder kunnen gedragingen worden uitgelegd als aanwijzingen voor stilzwijgende afspraken.<sup>7</sup> Dit is nog eens uitdrukkelijk aangegeven in een familierechtelijke casus tussen voormalige ongehuwd samenlevenden zonder samenlevingscontract: dat de vrouw gestopt was met werken kon niet zomaar louter als haar eigen keuze worden beschouwd doch ook voortkomen uit stilzwijgend gemaakte afspraken en de tussen voormalige partners feitelijk gegroeide taakverdeling.<sup>8</sup> Verbintenissenrechtelijk normaal, echter in het kader van het familierecht een opmerkelijke uitspraak. Het lijkt nu niet langer noodzakelijk om een samenlevingscontract te sluiten teneinde enige aanspraken op elkaar te hebben – al blijft dat natuurlijk wel verstandig voor alle zekerheid. We zullen zien of dit leidt tot een compleet nieuw veld van rechtspraak, waarin feitenrechtters steeds nieuwe stilzwijgende afspraken en taakverdelingen zullen construeren uit de veelheid aan samenlevingsvormen die zich voordoen.

Wie toch nadere vormvereisten wenst, kan deze afspreken. Het Uniform Aanbestedingsreglement 2001, dat recht is in de zin van art. 79 RO, vereist bijvoorbeeld schriftelijke mededeling.<sup>9</sup>

Ten aanzien van vertegenwoordiging van de overheid gelden strikte beperkingen ten aanzien van mandaat en delegatie. Toch kunnen ambtenaren die volgens de Gemeentewet niet bevoegd zijn wel een overeenkomst sluiten onder opschortende voorwaarde, zo blijkt uit HR 1 juni 2012, *LJN* BV1748, *NJ* 2012/471. In de conceptovereenkomst was een voorbehoud van goedkeuring door B&W opgenomen, wat was vormgegeven en werd uitgelegd als een opschortende voorwaarde. Hierdoor was het wel mogelijk dat de ambtenaren een overeenkomst sloten, aangezien deze pas na de volgens de Gemeentewet vereiste goedkeuring van de bevoegde instantie bindende kracht zou verkrijgen. Vervolg vraag was of die goedkeuring onredelijk was onthouden en daarom ex art. 6:23 BW toch als vervuld moest gelden. In zo'n geval geldt dat de gemeente niet snel gebonden kan zijn ondanks uitblijven van goedkeuring, aangezien de voorwaarde ertoe strekt het te beslissen orgaan de mogelijkheid te geven de overeenkomst zelfstandig te beoordelen (r.o. 3.5.4.4 en 3.11.2). In casu was de gemeentelijke overigens wel gebonden.<sup>10</sup>

De bewijstechnische regels rond de uitleg van een overeenkomst worden bevestigd in HR 29 juni 2012, *LJN*

BW1981: het Hof mocht uitgaan van een bepaalde taalkundige uitleg, maar dat betekende dat het bewijsaanbod tegen die uitleg neerkomt op een aanbod van tegenbewijs dat niet nader gespecificeerd behoeft te worden.

De kwalificatie van overeenkomsten is vaak van belang. Ten aanzien van een specifieke effectenleaseproduct is geoordeeld dat het (tevens) om (huur)koop op afbetaling ging,<sup>11</sup> nu zij mede verplichtte tot aflevering van aandelen. Dat het toezichtsrechtelijk als effectenbemiddeling werd gezien en civielrechtelijk mogelijk ook als kredietovereenkomst dan wel opdracht of lastgeving kan worden aangemerkt, staat daar niet aan de weg. Dit valt dan onder het leerstuk gemengde overeenkomsten, zie ook art. 6:215 BW.<sup>12</sup> Ten aanzien van standaardsoftware is in HR 27 april 2012, *LJN* BV1301, *NJ* 2012/292 geoordeeld dat dit onder de koopregeling valt – ook als het gedown-

## De Hoge Raad overweegt nu dat het niet altijd de bedoeling is bij een publiekrechtelijk verbod ook privaatrechtelijke gevolgen te regelen

load is –, zodat de verjaringstermijn van art. 7:23 BW daarop van toepassing is.<sup>13</sup> Overigens heeft het HvJ in zijn uitspraak van 3 juli 2012, zaak C-128/11 (*Usedsoft*),<sup>14</sup> geoordeeld dat ook online gekochte en geleverde software onder de uitputtingsregel valt, zodat zij rechtmatig kan worden gebruikt door een tweedehands-verkrijger, ook al was er geen fysieke kopie geleverd. Voor beide regels kan men zich afvragen of zij ook tot online geleverde muziek zullen worden uitgebreid, ook al valt dat formeel onder een andere richtlijn.

### Einde van overeenkomsten

HR 1 juni 2012, *LJN* BU5609 (*Esmilo/Mediq*) beperkt het speelveld van het begrip nietigheid. Een nietige overeenkomst, zo leert art. 3:40 BW, is absoluut nietig, een vernietigbare is dat slechts nadat een partij hier een beroep op doet. Voor nietigheid is aanleiding bij overeenkomsten die we zonder meer onwenselijk achten, in strijd zijn met de

#### Auteur

1. Prof. mr. T.F.E. Tjong Tjin Tai is hoogleeraar Privaatrecht aan Tilburg University en medewerker van dit blad.

#### Noten

2. Conclusie, nr. 3.4, voor HR 23 maart 2012, *LJN* BV0637, over de schimmige identiteit van de opdrachtgever van krantenbezorging.  
3. De toepasselijke norm (buitensporig en daarom onaanvaardbaar) wordt ook bevestigd in HR 29 juni 2012, *LJN* BW5327 (81 RO).

4. Dit is niet hetzelfde als consumentenbescherming: die gaat uit van de 'gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende gewone consument' uit de jurisprudentie (vgl. V. Mak, *MvV* 2011/7-8, p. 185) terwijl ik hier doel op de benedengemiddelde burger.

5. Vgl. vanuit iets ander perspectief Schwiters, 'Aansprekend aansprakelijkheidsrecht', *NJB* 2012/1171, afl. 20, p. 1390

6. Zie mooi Veraart, 'Gombrowicz en de kevers', *AAe* 2012/276.

7. Zoals voor een maatschap: HR 2 septem-

ber 2011, *LJN* BQ3876, en vgl. over een mondelinge garantieovereenkomst dan wel het daarover opgewekte vertrouwen HR 29 juni 2012, *LJN* BW5330.

8. HR 8 juni 2012, *LJN* BV9539, *NJ* 2012/364.

9. HR 4 mei 2012, *LJN* BV6687, *NJ* 2012/295.

10. Dit hield mede verband met een bevel tot voortzetting van onderhandelingen en de afspraken als gevolg daarvan.

11. HR 13 juli 2012, *LJN* BW4989 (*Ohra Beleggersgiro*). Dit oordeel maakte het

mogelijk dat de echtgenote de overeenkomst vernietigde, vgl. HR 23 december 2011, *LJN* BT8457.

12. Hinskens-Van Neck en Siemerink, *MvV* 2012/2.

13. Vgl. Rinzema, *NJB* 2012/1601, p. 1946 en voordien *Computerrecht* 2012/40, en over verwante vragen bij software distributie Neppelenbroek, *NTBR* 2012/29.

14. Drion, *NJB* 2012/1757, afl. 30, p. 2113.

openbare orde. Meijers was van oordeel dat zulks onder meer gold bij overeenkomsten die tot een door de wet verboden prestatie verplichten; doch de Hoge Raad overweegt nu dat het niet altijd de bedoeling is bij een publiekrechtelijk verbod ook privaatrechtelijke gevolgen te regelen, zodat bij zodanige verboden prestatie de rechter bij zijn oordeel, of sprake is van strijd met de openbare orde, in elk geval gemotiveerd dient te betrekken 'welke belangen door de geschonden regel worden beschermd, of door de inbreuk op de regel fundamentele beginselen worden geschonden, of partijen zich van de inbreuk op de regel bewust waren, en of de regel in een sanctie voorziet'. Dit terugdringen van absolute nietigheid sluit aan bij de (hierna te bespreken) lijn in de rechtspraak van het Hof van Justitie.

Voor opzegging<sup>15</sup> van een huurovereenkomst gelden specifieke wetsbepalingen. Dat laat onverlet dat ook algemene leerstukken als misbruik van bevoegdheid en de redelijkheid en billijkheid tot een opzeggingsbevoegdheid kunnen leiden.<sup>16</sup>

Ten aanzien van beëindiging van overeenkomsten valt nog te wijzen op de vorig jaar verschenen doch toen niet gesignaleerde nieuwe druk van Bakels, *Ontbinding van overeenkomsten*, Mon. BW B58, dat ook interessante beschouwingen bevat over aanpalende onderwerpen zoals opzegging en schadevergoeding, en bijvoorbeeld zich aansluit bij de kritiek op HR 10 juli 2009, *NJ 2011/43 (Vos/TSN)*.

### Informatie en (Europees) consumentenrecht

Enkele belangrijke ontwikkelingen vinden plaats op het snijvlak van consumentenrecht en overeenkomstenrecht. Er is, naast de in de vorige kroniek gesignaleerde Richtlijn consumentenrechten (2011/83/EU), een conceptverordening over een gemeenschappelijk Europees kooprecht.<sup>17</sup> Dit behelst een *optioneel* kooprecht: het geldt alleen als partijen voor dit (niet-statelijk) recht hebben gekozen. Het valt te bezien of dit zal aanslaan; vooralsnog is het vooral voer voor academici.

## De Hoge Raad overweegt dat het niet altijd de bedoeling is bij een publiekrechtelijk verbod ook privaatrechtelijke gevolgen te regelen

Het Hof van Justitie heeft een uitspraak gewezen over de werking van een procedure door een belangenorganisatie als de Consumentenbond.<sup>18</sup> Het betrof een beding dat de ondernemer de bevoegdheid gaf tot eenzijdige wijziging van tarieven. De nationale rechter dient te bepalen of zo'n beding daadwerkelijk onredelijk bezwarend is.<sup>19</sup> Indien in een procedure van zo'n organisatie een zeker beding uit algemene voorwaarden onredelijk bezwa-

rend is verklaard, moet dat beding volgens het HvJ ook niet bindend zijn jegens consumenten die niet bij dat geding betrokken waren. Zodanige derdenwerking van uitspraken is naar Nederlands recht ook wel aangenomen.<sup>20</sup> Een toevoeging, in lijn met eerdere rechtspraak, is dat de rechter de onverbindendheid van dat beding ook ambtshalve zal moeten vaststellen in andere procedures.

In een andere zaak<sup>21</sup> heeft het Hof van Justitie geoordeeld dat een onredelijk bezwarend beding mogelijk met zich kan brengen dat de gehele overeenkomst 'nietig' (*void*) moet worden verklaard wanneer dit een betere bescherming van de consument verzekert. Dit 'nietig' betekent naar Nederlands recht: dient (ambtshalve) te worden vernietigd, indien de consument zich hiertegen niet verzet.<sup>22</sup> In casu ging het om een lening waar een onjuiste (lagere) rente was medegedeeld, hetgeen een misleidende handelspraktijk is in de zin van art. 6(1) Richtlijn oneerlijke handelspraktijken, ook art. 6:193c BW. Het Hof preciseert dat die misleidendheid een element is voor de beoordeling of een beding ook onredelijk bezwarend is, doch dat dit verder (naar Europees recht) geen directe betekenis heeft voor de geldigheid van de overeenkomst als geheel. Naar Nederlands recht lijkt dit veeleer een geval van dwaling te betreffen; de rente lijkt essentieel element voor de lening.

Verder heeft het HvJ geoordeeld<sup>23</sup> dat ingeval van nietigheid van een onredelijk bezwarend beding de rechter het beding niet kan aanpassen. Dat betekent dat naar Nederlands recht geen toepassing mag worden gegeven aan partiële nietigheid (art. 3:41 BW), conversie (art. 3:42 BW) of gedeeltelijke terzijdestelling ex art. 6:248 lid 2 BW.<sup>24</sup> We keren zo terug naar de oude leer van algehele nietigheid, welke in de praktijk verlaten was voor een genuanceerdere toets aan redelijkheid en billijkheid.<sup>25</sup> Bedrijven zouden er verstandig aan doen bij twijfelachtige bedingen ook afzonderlijke, minder verstrekkende bedingen op te nemen als vangnet.

De regeling inzake algemene voorwaarden, waaronder het terhandstellingsvereiste, is overigens niet van toepassing op internationale overeenkomsten tussen bedrijven, aldus art. 6:247 lid 2 BW.<sup>26</sup> Wel genieten uiteraard privépersonen bescherming, ook al gaat het om advisering bij de herstructurering van een onderneming.<sup>27</sup>

In dit verband kan ook worden gewezen op de belangrijke uitspraak van het Hof van Justitie van 5 juli 2012, zaak C-49/11 (*Content Services*). Ondernemingen zijn op grond van art. 7:46c lid 2 BW verplicht te zorgen dat de consument bepaalde informatie ontvangt,<sup>28</sup> schriftelijk dan wel op een duurzame drager. De bepaling berust op art. 5(1) Richtlijn koop op afstand (97/7/EG):<sup>29</sup> het HvJ oordeelt nu dat aan deze verplichting niet kan worden voldaan door alleen een link naar een website van de onderneming te verstrekken. Een link vereist immers nog een additionele handeling van de consument (zodat de informatie niet reeds met de link is ontvangen). Bovendien is een website geen duurzame drager: het is niet zeker dat de informatie op de website niet veranderd wordt, toegankelijk blijft voor de consument en toelaat dat deze ongewijzigd vermenigvuldigd wordt (par. 43). Het is onzeker of deze uitspraak ook betekenis heeft voor andere Europese informatieverplichtingen; wel zijn de overwegingen die eraan ten grondslag liggen van belang voor de uitleg van

andere verplichtingen. Hoe dan ook betekent het dat webshops meer informatie zullen moeten meesturen dan thans regelmatig gebeurt. Juridisch interessant, al kan men zich afvragen of dit voor consumenten nu werkelijk van groot belang is.

Overigens legt het Hof van Justitie hiermee de vinger op de zwakke plek bij informatieschaffing via een website van een onderneming: de onderneming kan deze wijzigen, zodat later onzeker is hoe de informatie ten tijde van het sluiten van de overeenkomst luidde. Dit doet zich ook voor bij de terbeschikkingstelling van algemene voorwaarden; de Nederlandse wetgever heeft hier in art. 6:234 BW geen rekening mee gehouden. De consument behoort weliswaar in de gelegenheid te zijn de voorwaarden zelf op te slaan, maar als dat alleen gebeurt in de vorm van een HTML- of tekstbestand, is de bewijswaarde daarvan beperkt. Met elektronische handtekeningen en *time-stamps* is steviger bewijs mogelijk,<sup>30</sup> maar dat is vooralsnog ongebruikelijk.

Hoewel het over veel meer dan alleen consumentenrecht gaat, past in dit verband een verwijzing naar het proefschrift van Kasper Jansen dat uitputtend het leerstuk van informatieverplichtingen onderzoekt en daar enige lijnen in aanbrengt.<sup>31</sup>

## Samenhang en groepen

Na HR 20 januari 2012, *NJ* 2012/60 is er opnieuw een uitspraak over samenhangende overeenkomsten:<sup>32</sup> HR 10 augustus 2012, *LJN* BW4992 betreft een consumentenkoop met financiering. De korte verjaringstermijn van art. 7:28 BW kan ook op vorderingen van de financier van toepassing zijn, als er sprake is van een zekere verbondenheid met de koop. De beoordeling hiervan vereist uitleg van de rechtsverhouding in het licht van de omstandigheden van het geval, en als de verkoper partij is bij de financieringsovereenkomst ligt verbondenheid voor de hand.

Twee uitspraken betreffen mededelingen aan groepen van personen. In HR 27 april 2012, *LJN* BV5569 was de v.o.f., die zich had verbonden tot het uitvoeren van een verbouwing, ontbonden. De opdrachtgever meende daarom dat hem niet kon worden tegengeworpen dat hij niet tijdig had geklaagd over gebreken in de verbouwing: men kan niet bij een niet-bestaande entiteit klagen. Dit miskennde dat de afzonderlijke vennoten juridisch gezien partij zijn bij de door de v.o.f. gesloten overeenkomst. De casus roept wel de vraag op of dit ook in het algemeen

betekent dat altijd ook bij de vennoten zelf moet worden geklaagd; ik zou menen van niet indien reeds de v.o.f. hiervan op de hoogte is gesteld, aangezien dat als mededeling aan de vennoten kan worden aangemerkt.<sup>33</sup> Dat is naar analogie gezien de uitkomst van HR 4 mei 2012, *LJN* BW4812: daar is geoordeeld dat een door de gemeente aan de vereniging van eigenaren gerichte aanschrijving (ten aanzien van gemeenschappelijke gedeelten) ook aan de individuele appartementseigenaren tezamen was gericht, die ex 5:126 lid 2 BW vertegenwoordigd worden door de VvE.

## Beroepsaansprakelijkheid

De aansprakelijkheid van bindend adviseurs is aan de orde in HR 15 juni 2012, *LJN* BW0727. Gelet op art. 7:904 BW en de vrijheid die adviseurs toekomt bij bindend advies, zijn zij niet aansprakelijk jegens partijen tenzij zulks naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn (art. 6:248 lid 2 BW). In casu waren zij aansprakelijk, nu een van de adviseurs naar bekend was een eigen belang had bij de uitkomst, en het beginsel van hoor en wederhoor was geschonden. Het

## Een verzekeraar had zijn zorgplicht geschonden door bij het aangaan van een levensverzekeringpolis niet te wijzen op problemen rond de fiscale aftrekbaarheid daarvan

accountantskantoor bij wie een der adviseurs in dienst was beriep zich op een exonerationclausule om toch het salaris te vorderen; omdat niet over die wat zonderlinge uitleg van die clausule was gegriefd, kon het beroep op die clausule mogelijk toch slagen.<sup>34</sup>

In HR 13 april 2012, *LJN* BV6693, *NJ* 2012/247 is geoordeeld dat de zorgplicht van de assurantietussenpersoon,<sup>35</sup> die meebrengt dat op duidelijke en niet voor twee-erlei vatbare wijze gewaarschuwd moet worden tegen de

15. Over opzegging in het algemeen: De Hoon, *WPNR* 6918 en Tanja-Van den Broek, *MvV* 2012, p. 18.

16. HR 29 juni 2012, *LJN* BW1280, waar onduidelijk blijft of het over aanvullende dan wel derogerende werking gaat, vgl. conclusie A-G Huydecoper.

17. COM (2011) 635 def., zie het speciaal nummer *MvV* 2012/7-8, ook J.M. Smits, *AAe* 2012/3, p. 48, Loos, *NTBR* 2012/24, Jeloschek, *NTBR* 2012/5, p. 186.

18. HvJ 26 april 2012, C-472/10 (*Nemzeti/Invitel*).

19. Voor Nederland noemt art. 6:236

onderdeel i BW slechts een bevoegdheid om binnen drie maanden de prijs te verhoogen.

20. Vgl. Van der Wiel, *NJB* 2011/671, afl. 13, p. 792.

21. HvJ 15 maart 2012, C-453/10 (*Pereničová*), zie Luzak, *AAe* juni 2012, p. 428.

22. Voor die laatste toevoeging zie HvJ 4 juni 2009, C-243/08 (*Pannon*).

23. HvJ 14 juni 2012, C-618/10 (*Banesto/Camino*).

24. Loos, *WPNR* 6940.

25. Hierover Van Wechem, *Toepasselijk-*

*heid van algemene voorwaarden*, diss.

Leiden 2007, p. 73-75.

26. Toegepast in HR 11 mei 2012, *LJN* BW0730, *NJ* 2012/318.

27. Vgl. HR 27 april 2012, *LJN* BV5560.

28. De wetttekst spreekt over 'verstrekken', hetgeen in het licht van deze uitspraak strikt genomen minder juist is.

29. Zie overigens over de HvJ-rechtspraak en herroeping bij deze overeenkomst Tigelaar, *WPNR* 6932.

30. Content Services wees bij het HvJ op nieuwe technische mogelijkheden, doch dat had geen effect nu vaststond dat zij daar in

feite geen gebruik van maakte.

31. K.J.O. Jansen, *Informatieplichten*, diss. Leiden 2012.

32. Verder over dit onderwerp Ernes en Lamers, *WPNR* 2012/6934, ook Zippro, *MvV* 2012/4 en Koburg, *MvV* 2012/4.

33. Vgl. art. 51 Rv over betekening van een exploit aan een v.o.f.

34. De salarismvordering kan overigens worden bestreden met partiële ontbinding, zie HR 29 maart 2002, *NJ* 2002/270.

35. In HR 8 juni 2012, *LJN* BW1720 is de toepasselijke norm bevestigd.



## Voor de schending van eer en goede naam houdt de norm van de 'meetlat-arresten' stand onder alle ontwikkelingen ten aanzien van art. 8 en 10 EVRM

gevolgen van niet nemen van voorgeschreven preventie-maatregelen, moet worden beoordeeld aan de hand van alle omstandigheden. De zorgplicht brengt niet met zich dat ook moet worden gecontroleerd of de mededeling van de klant, dat is voldaan aan de vereiste maatregelen, juist is. Dit is conform vaste rechtspraak:<sup>36</sup> je mag van de waar-achtigheid van je klant uitgaan. Dat betekent niet dat adviseurs<sup>37</sup> alles op hun cliënt mogen afwentelen: een verzekeraar had zijn zorgplicht geschonden door bij het aangaan van een levensverzekeringpolis niet te wijzen op problemen rond de fiscale aftrekbaarheid daarvan.<sup>38</sup>

HR 24 februari 2012, *LJN* BU9855, *NJ* 2012/144<sup>39</sup> betreft het verzuim om BTW bij de verkoopprijs van melk-quota in rekening te brengen.<sup>40</sup> De verkoper spreekt zijn bemiddelaar aan wegens wanprestatie, maar krijgt tegen-geworpen dat hij zelf een informatieplicht heeft geschon-den door niet ongevraagd mede te delen dat er BTW ver-schuldigd zou zijn. Die informatieplicht volgt uit de redelijkheid en billijkheid, zegt de Hoge Raad.<sup>41</sup> Niettemin wordt gecasseerd omdat het Hof niet is ingegaan op de fout van de bemiddelaar, die op dit punt een onderzoeks-plicht had. Het Hof had vervolgens op basis van eigen schuld een verdeling van de schade kunnen aanbrengen. Dit alles is in lijn met eerdere rechtspraak.<sup>42</sup>

Voorts vindt in het WPNR een interessante discussie plaats over aansprakelijkheid van de notaris voor het meewerken aan wanprestatie of onrechtmatige daad.<sup>43</sup> Men vreest dat als de notaris tuchtrechtelijk hiervoor aan-sprakelijk wordt gehouden, kettingbedingen en andere obligatoire verbintenissen de facto zakelijke werking gaan krijgen, in strijd met de bedoeling van de wetgever.

### Onrechtmatige daad en schade

De wet heeft thans de aansprakelijkheid van financiële toezichthouders beperkt: alleen ingeval van opzet of gro-ve schuld kunnen zij aansprakelijk zijn.<sup>44</sup> Voor overheids-aansprakelijkheid wegens informatieverstreking op ver-zoek is een nieuwe norm geformuleerd. Kort gezegd hangt het onder meer af van de inhoud van het verzoek en het antwoord van de overheid. Aansprakelijkheid is er pas als de belanghebbende er redelijkerwijs op mocht vertrouwen dat hem juiste of volledige inlichtingen zouden worden verstrekt en hij die niet heeft verkregen.<sup>45</sup> Dat vertrouwen volgt niet uit ieder verzoek: in casu was een specifieke vraag gesteld en daarom ook alleen een specifiek ant-woord gegeven.

Over inlichtingen aan de overheid gaat HR 25 mei 2012, *LJN* BU9920 (*Luchtvaartleiding Nederland/Chipshol*): de overheid zou op grond van beweerdelijk onjuiste inlichtingen van LVNL andere besluiten hebben genomen dan bij juiste inlichtingen het geval zou zijn geweest. Omdat LVNL een zelfstandige positie inneemt in het besluitvormend geheel wordt dit niet door de formele rechtskracht van besluiten gedekt: de bestuursrechter

spreekt zich niet bindend uit over die inlichtingen. Dat het een wettelijke adviestaak betreft, doet hier niet aan af. Overigens volgt hier niet uit dat het geven van onjuiste inlichtingen altijd onrechtmatig zal zijn jegens derden; dat was alleen in casu zo.

In HR 6 april 2012, *LJN* BV7828, *NJ* 2012/233 wordt de norm voor onrechtmatig procederen bevestigd: daar-van is alleen sprake als eiser zijn vordering baseert op fei-ten en omstandigheden waarvan hij de onjuistheid kende dan wel behoorde te kennen of op stellingen waarvan hij op voorhand moest begrijpen dat deze geen kans van sla-gen hadden. De Hoge Raad voegt eraan toe dat terughou-dendheid nodig is, mede gelet op het recht op toegang tot de rechter (art. 6 EVRM). Hoewel bij de rechter werd bewe-zen geacht (doch geen zekerheid verkregen) dat eiser brand had gesticht, zodat zijn procedure tegen de verzeke-raar tot uitkering van verzekeringspenningen moest falen, is daarmee niet ook de vereiste mate van zekerheid verkregen dat er sprake is van misbruik van procesrecht of onrechtmatig procederen. De drempel voor het laatste ligt dus beduidend hoger.

Voor de schending van eer en goede naam is de norm van de 'meetlat-arresten'<sup>46</sup> bevestigd in HR 11 mei 2012, *LJN* BV1031: die norm houdt dus stand onder alle ontwikkelingen ten aanzien van art. 8 en 10 EVRM. Over (in)directe horizontale werking van fundamentele rechten in het privaatrecht is een interessant artikel geschreven door Somers.<sup>47</sup> Ook zijn er Utrechtse dissertaties over der-denschade (waarin wordt gepleit voor afschaffing van het restrictieve stelsel van vergoeding voor derdenschade bij letsel) en bedrijfsaansprakelijkheid voor daden in het bui-tenland.<sup>48</sup>

Twee klappen in het gezicht (bij een ruzie) liggen boven de ondergrens voor smartengeld wegens letsel; uit HR 29 juni 2012, *LJN* BW1519 blijkt dat dit niet te gering is voor vergoeding. Voor buitengerechtelijke kosten geldt dat de rechter deze niet forfaitair hoeft te begroten vol-gens rapport Voorwerk II (dat geen recht in de zin van art. 79 RO vormt) als deze kosten niet voldoende gespecifi-ceerd zijn.<sup>49</sup>

### Werkgeversaansprakelijkheid

Enige deining is ontstaan door de uitbreiding van de werkgeverszorgplicht en bijbehorende aansprakelijkheid ex art. 7:658 BW op zelfstandigen zonder personeel (zzp'ers). In HR 23 maart 2012 (*Allspan*)<sup>50</sup> is geoordeeld dat een onderneming op grond van art. 7:658 lid 4 BW een gelijksoortige zorgplicht heeft voor een zzp'er die wordt ingehuurd voor het verrichten van arbeid 'in de uitoe-fe-ning van beroep of bedrijf' van de onderneming. De Hoge Raad legt dit aldus uit dat het er om gaat of de niet-werk-nemer zich in een met een werknemer vergelijkbare posi-tie bevindt, dat wil zeggen, 'voor de zorg voor zijn veilig-heid (mede) afhankelijk is van degene voor wie hij die

werkzaamheden verricht' (r.o. 3.6.2), terwijl het niet beperkt is tot werkzaamheden die het wezen van de onderneming uitmaken: voldoende is dat de werkzaamheden feitelijk tot de beroeps- of bedrijfsuitoefening behoren (r.o. 3.6.3). Een en ander hangt uiteindelijk van de omstandigheden af. Het gaat er in wezen om of de zzp'er in een werkomgeving komt die bepaald wordt door de opdrachtgever, of dat hij zelf de werkomgeving – en daarmee de veiligheid – vormgeeft of daar verantwoordelijk voor is. In het eerste geval geldt reeds als algemene norm van aansprakelijkheidsrecht dat men anderen niet zomaar bloot mag stellen aan vermijdbare gevaren van een zekere omvang: er wordt niet zo snel aangenomen dat er sprake is van 100% eigen schuld wegens aanvaarding van risico's. In het laatste geval zou mijns inziens bepalend zijn de norm van art. 7:406 lid 2 BW,<sup>51</sup> dat vergoeding van schade van de in de uitoefening van beroep of bedrijf handelende opdrachtnemer beperkt tot een aan de opdracht verbonden bijzonder gevaar dat de risico's welke aan het beroep of bedrijf zijn verbonden te buiten gaat. Evenzo zal de werknemer geen aanspraak hebben als hij zelf is tekortgeschoten in het uitvoeren van een voor zijn veiligheid benodigde handeling, mits de werkgever overigens aan zijn zorgplicht heeft voldaan.<sup>52</sup> Zo gelezen past de uitspraak goed in het systeem van het algemene aansprakelijkheidsrecht, zij het dat de werkgeverszorgplicht wat hogere veiligheids-eisen stelt.

Aansprakelijkheid schept verzekering, lijkt te volgen uit HR 30 maart 2012, *LJN* BV1295 (*Onderlinge/Nationale Nederlanden*). De Hoge Raad heeft geoordeeld dat een AVB-polis die naar de letter alleen dekking biedt voor personen- en zaakschade, waaronder schade van werknemers uit schending van de werkgeverszorgplicht, zich ook uitstrekt tot aansprakelijkheid voor bepaalde zuivere *vermogensschade*. Deze uitbreiding geldt alleen voor de schade die gevolg is van schending van de uit art. 7:611 BW voortvloeiende plicht zorg te dragen voor een behoorlijke verzekering,<sup>53</sup> en zijn grond vindt in een ongeval van de werknemer. De Hoge Raad brengt hiermee de verzekeringsdekking van bedrijven in lijn met de omvang van hun aansprakelijkheid voor werknemersongevallen. Daarvoor was het wel nodig de polisvoorwaarden tegen hun kennelijke betekenis in te lezen, een manoeuvre die forse kritiek heeft uitgelokt.<sup>54</sup>

## Regres en verjaring

Een belangrijke uitspraak op de grens van verbintenissen-

## Dat men de vordering kon zien aankomen betekent nog niet dat hij al bestaat

en goederenrecht is HR 6 april 2012, *LJN* BU3784 (*ASR/Achmea*). Een paard heeft in 1990 letsel veroorzaakt: de twee mede-eigenaren van het paard zijn daar hoofdelijk aansprakelijk voor. De een is WA-verzekerd bij Achmea, de ander bij ASR. Eerstgenoemde mede-eigenaar wordt in 1995 door de gelaedeerde aangesproken voor het geheel en wordt in juni 2001 door de rechtbank aansprakelijk verklaard. Twee maanden daarna stelt Achmea de andere mede-eigenaar op de hoogte van de uitspraak en stelt deze medeaansprakelijk. ASR beroept zich dan op verjaring.

Het betreft hier de vordering van een hoofdelijk verbonden schuldenaar die voor het geheel is aangesproken, en dan voor het deel dat hem niet aangaat regres kan nemen op zijn medeschuldenaren (art. 6:10 lid 2 BW). De Hoge Raad oordeelt dat deze regresvordering pas ontstaat 'indien de hoofdelijk verbonden schuldenaar de schuld voldoet voor meer dan het gedeelte dat hem aangaat'.<sup>55</sup> Dat was in casu pas in 2005 en 2007, toen Achmea de schadevergoeding betaalde aan gelaedeerde. Dat men de vordering kon zien aankomen betekent nog niet dat hij al bestaat. En als de vordering nog niet bestaat, is hij ook niet opeisbaar, en is de verjaring niet gaan lopen. De uitspraak is van belang voor alle regresvorderingen, zij het dat men ook zal moeten letten op de specifieke regels op grond waarvan die vordering ontstaat.

Deze uitspraak heeft enige beroering veroorzaakt in de financieringspraktijk doordat de Hoge Raad verwijst naar eerdere rechtspraak waarbij voor borgtocht en een zogenoemd overwaardearrangement (wederkerige borgtocht van schuldeisers voor de overwaarde van zekerheden van de schuldenaar) was overwogen dat de desbetreffende regresvordering uit de borgtocht reeds bestaat (onder voorwaarde) vóór de betaling van de borg, en daarvoor ook faillissementsbestendig is. De desbetreffende overweging impliceert evenwel niet dat er is teruggekomen van die oude rechtspraak.<sup>56</sup> Overigens wijs ik erop dat de Hoge Raad ten aanzien van de regresvordering van de borg al eerder lijkt te hebben aangenomen dat deze ontstaat op moment van betaling door de borg.<sup>57</sup> We kun-

36. HR 27 maart 1992, *NJ* 1993/188, HR 20 september 2002, *LJN* AE3384.

37. Over beleggingsadvies B. Bierens, *MvV* 2012/5.

38. HR 9 maart 2012, *LJN* BU9206, *NJ* 2012/435.

39. Jansen, *MvV* 2012/6.

40. Overigens een belangrijke checkpunt bij contractadvisering: vermeld altijd wie eventueel BTW voor zijn rekening neemt.

41. Zie ook HR 8 september 2000, *NJ* 2000/614.

42. Asser/Tjong Tjin Tai, 7-IV\*, nr. 201.

43. De Weij, Wibier en Van Rijckevorsel-Teeuwen, *WPNR* 6922, Van Oostrom-Streep, *WPNR* 6930.

44. Wet van 7 juni 2012, *Stb.* 2012, 265, zie art. 1:25d Wft.

45. HR 25 mei 2012, *LJN* BW0219, *NJ* 2012/340, r.o. 3.5.1.

46. HR 24 juni 1983, *NJ* 1984/801.

47. 'De Drittwirkung van grondrechten', *Netherlands Journal of Legal Philosophy* (vroeger *R&R*) 2012/1.

48. Rijnhout, *Schadevergoeding voor derden in personenschadezaken*; Enneking,

*Foreign direct Liability and beyond.*

49. HR 27 april 2012, *LJN* BV6690, *NJ* 2012/277.

50. *LJN* BV0616, Kolder en Zwols, *MvV* 2012/6, Van Tiggele-Van de Velde, *AV&S* 2012/13, kritisch Hartlief, *NJB* 2012/1517.

51. Waar in casu geen aandacht aan is besteed.

52. HR 24 juni 2011, *LJN* BP9897, *NJ* 2011/281.

53. HR 11 november 2011, *NJ* 2011/597 en 598.

54. Wansink, *AV&S* 2012/8, vgl. Tolman,

*AV&S* 2012/14.

55. Vgl. HR 18 januari 2008, *NJ* 2008/58 waar in het kader van de stuitingsregeling van de WAM lijkt te zijn aangenomen dat de WAM-verzekeraar pas schade lijdt na uitbetaling.

56. Zie uitvoerig Wibier, *MvV* 2012/6.

57. HR 4 juni 2004, *NJ* 2006/323, r.o. 4.3, zij het dat daar in cassatie geen geschil over was.

nen de tegenstrijdigheden aanvaarden met de gedachte dat we niet met eenvormige concepten alle mogelijke vragen moeten oplossen en slechts per type vraag moeten beoordelen hoe we bijvoorbeeld het bestaan van een vordering willen beoordelen.<sup>58</sup> Ik moet evenwel toegeven dat het moeilijk uit te leggen is dat de regresvordering van een borg wel voorafgaand aan betaling bestaat vanuit faillissementsoogpunt, doch niet vanuit verjaringsoogpunt.

Het probleem is dat de notie van 'bestaande vorderingen' slecht gedefinieerd is. Op zichzelf is een vordering uit overeenkomst uiteraard bestaand, zij het dat dit soms ver af staat van het spraakgebruik. De vordering op de verzekeraar tot betaling van een schade-uitkering kan men beschouwen als een bestaande vordering onder voorwaarde, doch men zegt meestal eenvoudigweg dat de 'aanspraak' op uitkering pas ontstaat als er een schadevoorzak is. De vordering tot betaling van huurpenningen is volgens de Hoge Raad evenwel toekomstig.<sup>59</sup> Deze onderscheiden worden ingegeven vanuit de doelstellingen van het goederen- en faillissementsrecht, waar men het niet te gemakkelijk wil maken om alle voorzienbare vorderingen buiten het faillissement te brengen, doch anderzijds het ook mogelijk wil maken vorderingen over te dragen. Er is dan reden om in veel gevallen uit te gaan van een bestaande, zij het voorwaardelijke, vordering die buiten het faillissement is te brengen (anders dan een zuiver toekomstige vordering).

In het verjaringsrecht gaat het er om de wederpartij te beschermen tegen bewijsmoeilijkheden en dergelijke, doch de eiser ook in staat te stellen zijn vordering daadwerkelijk geldend te maken. Voor contractuele vorderingen is het niet erg als het ontstaansmoment naar voren wordt gehaald, omdat niet het ontstaan doch de opeisbaarheid relevant is (art. 3:307 lid 1 en 308 BW). Het kan ook gaan om een voorwaardelijke contractuele vordering, die pas opeisbaar is als de voorwaarde vervuld is (vgl. art. 6:22 BW).

Bij een vordering tot schadevergoeding, welke regeling (art. 3:310 BW) ook veelal geldt voor andere vorderingen uit de wet,<sup>60</sup> stelt de wettekst dat de verjaring gaat lopen op moment van bekendheid met de schade en de aansprakelijke persoon. De rechtspraak stelt overigens als extra eis dat 'de benadeelde daadwerkelijk in staat is een rechtsovervordering tot vergoeding van deze schade in te stellen'.<sup>61</sup> In de onderhavige uitspraak geeft de Hoge Raad aan dat er bij art. 3:310 BW ook nog de (ongeschreven) voorwaarde geldt van *opeisbaarheid* van de schade (r.o. 3.7.2): verjaring hoort immers pas te volgen als een vordering gedurende enige tijd niet geldend is gemaakt, hetgeen opeisbaarheid veronderstelt. Voor regresvorderingen is het stelsel daarmee sluitend.

Voor schadevergoeding wegens onrechtmatige daad lijkt de Hoge Raad echter anders te oordelen. De vordering tot vergoeding van zodanige schade is immers onmiddellijk opeisbaar. Weliswaar lijkt opeisbaarheid het bestaan van de schade te veronderstellen, echter tegenwoordig zijn er mogelijkheden om vergoeding te verkrijgen van nog niet daadwerkelijk gerealiseerde schadeposten. Dit komt enerzijds doordat bijvoorbeeld toekomstig gemist inkomen (om fiscale redenen) wordt beschouwd als beschadiging of verlies van arbeidsvermogen in het heden.<sup>62</sup> Anderzijds komt dit doordat voorzienbare, toekomstige schadeposten gevorderd kunnen worden ex art.

6:105 BW. Daarom is wel verdedigd dat ook toekomstige schade(posten) kunnen verjaren vijf jaar nadat zij redelijkerwijs gevorderd had kunnen worden.<sup>63</sup> In r.o. 3.7.2 lijkt de Hoge Raad specifiek aan te geven dat verjaring van niet bestaande schade mogelijk is in het geval van een bestaande 'schade'<sup>64</sup> die leidt tot toekomstige schadeposten ('schade'): de verjaring van de eerste 'schade' geldt dan ook 'voor de vordering tot vergoeding van schade waarvan de benadeelde redelijkerwijs kon verwachten dat hij die als gevolg van dezelfde schadeveroorzakende gebeurtenis zou kunnen gaan lijden, omdat in zoverre sprake is van afzonderlijke elementen van de reeds ingetreden schade'. Dit betekent dat in zoverre niet-bestaande, toekomstige schadeposten toch zouden kunnen verjaren.<sup>65</sup> Of dit ook geldt in gevallen waar niet reeds bestaande 'schade' is aan te wijzen, is onduidelijk.

Persoonlijk vind ik het onwenselijk om de harde en ongenueanceerde verjaringsregeling verder uit te breiden tot toekomstige schade, mede omdat het ingangsmoment dan hoogst onbepaald blijft: wanneer heeft eiser voldoende gegevens om daadwerkelijk de vordering te kunnen instellen? Zelfs de voorzichtige stap van de Hoge Raad in die richting gaat mij eigenlijk wat te ver. Beter is het de kwestie waar het eigenlijk om draait op te lossen – zoals de Hoge Raad ook voor het onderhavige geval aangeeft – met figuren als rechtsverwerking, mededelingsplichten, of de derogerende werking van redelijkheid en billijkheid. In casu zou ASR naar ik meen reeds door haar eigen verzekeringsnemer moeten zijn ingelicht over het schadevoorzak: een daartoe strekkende verplichting is gebruikelijk bij aansprakelijkheidsverzekering. Bovendien kan ASR alle weren die zij jegens het slachtoffer had willen inroepen ook jegens Achmea inroepen (art. 6:11 BW). Het is daarom niet evident dat ASR is benadeeld doordat Achmea haar pas na het rechtbankvonnis aansprak.

Over verjaring van een rechterlijke dwangsom gaat HR 29 juni 2012, *LJN BW1260 (Kratos/Gulf Oil)*: ingeval van schorsing van de uitspraak wegens instellen van een rechtsmiddel wordt de verjaring niet geschorst, dus art. 3:324 BW is niet van toepassing. De korte verjaringstermijn van zes maanden (art. 611g lid 1 Rv) blijft dus lopen gedurende die schorsing. Daarentegen: als de tenuitvoerlegging van de uitspraak zelf wordt geschorst door een executiegeschil ex art. 438 Rv, wordt de verjaring zelf geschorst (HR 29 juni 2012, *LJN BW1259*). Dit vormt immers een wettelijk beletsel als bedoeld in art. 611g lid 2 Rv. Het verschil tussen deze twee uitspraken is dat het in het eerste geval ging om schorsing van de tenuitvoerlegging van de uitspraak zelf (op grond waarvan dwangsommen waren en konden worden verbeurd), in het tweede geval om schorsing van alleen de tenuitvoerlegging (in de zin van incasso) van reeds verbeurde dwangsommen.

### Goederenrecht

Er zijn mooie overzichten over de afgelopen twintig jaar pand- en goederenrecht,<sup>66</sup> een stevig proefschrift over cessie,<sup>67</sup> en artikelen over beslag na vervreemding na beslag<sup>68</sup> en achtergestelde vorderingen,<sup>69</sup> en over grensgebieden als goodwill en virtuele goederen.<sup>70</sup>

Over verkrijgende verjaring<sup>71</sup> na bezit<sup>72</sup> te kwader trouw (art. 3:105 BW)<sup>73</sup> corrigeert de Hoge Raad het hof: bezit te kwader trouw kan men gewoon optellen van vori-



## Persoonlijk vind ik het onwenselijk om de harde en ongenueanceerde verjaringsregeling uit te breiden tot toekomstige schade, mede omdat het ingangsmoment dan hoogst onbepaald blijft

ge bezitters, die evenmin te goeder trouw hoeven te zijn.<sup>74</sup> De regel van art. 3:102 lid 2 BW over 'optellen' van opvolgende bezitters te *goeder* trouw is dus niet relevant.

Een aardige puzzel over art. 3:86 lid 3 BW biedt HR 13 juli 2012, *LJN* BW4983. Het gaat om een gestolen auto die door een autobedrijf was gekocht, en vervolgens door het OM in beslaggenomen. Een jaar later is de auto aan de eigenaar teruggegeven. Daarvoor had het OM echter een specifieke procedure moeten volgen. Er was derhalve onrechtmatig gehandeld. De vraag is evenwel of er recht op schadevergoeding is. De Hoge Raad trekt dit recht door erop te wijzen dat, ofschoon het autobedrijf verkrijger te goeder trouw was ex art. 3:86 lid 1 BW, de eigenaar de auto vervolgens weer in bezit heeft gekregen door de teruggave door het OM (waardoor tevens de verkrijgende verjaring is opgehouden, want er is niet langer bezit als vereist voor art. 3:105 BW). De eigenaar kon die auto ook opeisen ex art. 3:86 lid 3 BW, zodat de uiteindelijke situatie daarmee overeenstemt en het autobedrijf dus in zoverre geen schade heeft geleden.

Een kwalitatief recht (art. 6:251 BW) ontstaat als er een recht is overeengekomen dat een zodanig verband heeft met een zeker goed van de schuldeiser, dat het recht overgaat met het goed ingeval van overdracht onder bijzondere titel. Partijbedoeling of -beding is daar niet voor nodig. Dit lijkt in de lagere rechtspraak herhaaldelijk mis te gaan. In HR 6 april 2012, *LJN* BV6727, *NJ* 2012/234 wordt een vrij rechtlijnige toepassing gegeven aan art. 6:251 BW. Een tennispark had afspraken gemaakt met vroegere bewoners over het aantal lichtmasten; de nieuwe bewoners beriepen zich op die afspraken. Het Hof had miskend dat voor overgang van eventuele uit die afspraken volgende rechten niet nodig was dat zulks expliciet was bedongen; dat is nu juist de aard van een kwalitatief recht. In HR 20 april 2012, *LJN* BV5555, *NJ* 2012/292 ging het om een bouwbeperking. Het Hof maakte er een potje van door kennelijk aan te nemen dat er een kwalitatieve verplichting tegenover had moeten staan, of dat moest zijn bepaald dat het recht zou overgaan. Van breder

belang is dat de Hoge Raad aangeeft dat de uitleg van de contractsbepalingen van belang is: het kan zijn dat het recht is beperkt tot alleen de oorspronkelijke contractanten, en dan gaat het uiteraard niet mee over. In zoverre kan de partijbedoeling wel relevant zijn. Het is dus zinvol om in voorkomend geval expliciet aan te geven wat er met zo'n recht gebeurt na overgang van het goed.

### Varia

Tot slot nog wat losse uitspraken. Een zeldzaam arrest over de natuurlijke verbintenis (art. 6:3 BW) leert ons dat het eventuele bestaan daarvan moet worden beoordeeld naar het moment dat het voordeel aan de ander ten goede is gekomen.<sup>75</sup> Op dat moment moest immers de verbintenis bestaan opdat dat voordeel kan worden beschouwd als nakoming van die verbintenis.

Ook zij gewezen op HR 27 januari 2012, *LJN* BU3777, *NJ* 2012/244: na de echtscheiding vordert de vader betaling van zijn vordering op de vrouw wegens overbedeling (welke vordering hij overigens aan zijn zoon gecedeerd heeft; hij treedt op als wettelijk vertegenwoordiger), doch beroept de vrouw zich op verrekening met achterstallige alimentatiebetalingen. Er wordt dus verrekening gevraagd van vorderingen die niet (langer) tussen dezelfde partijen bestaan, terwijl art. 6:127 lid 2 BW wel zodanige identiteit vereist. De Hoge Raad grijpt de zaak aan om uiteen te zetten hoe het systeem van art. 6:130 BW (verrekening na overgang van een vordering) werkt. Voor de precieze formulering zij verwezen naar het arrest: kort gezegd is nodig dat de tegenvordering voldoende samenhang heeft met de gecedeerde vordering om doorbreking van de hoofdregel van art. 6:127 lid 2 BW te rechtvaardigen.

Derdenbeslag onder de schuldenaar ten laste van de schuldenaar brengt in beginsel schuldeisersverzuim ten aanzien van betaling met zich en belet daarmee verzuim van de schuldenaar, echter het heft een reeds ingegaan verzuim van de schuldenaar niet op: de schuldenaar zal dan moeten stellen en zo nodig bewijzen dat hij zou hebben betaald indien er geen beslag zou zijn gelegd.<sup>76</sup>

58. Vgl. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-1\*, nr. 128.

59. HR 30 januari 1987, *NJ* 1987/530.

60. Die veelal ook onder art. 3:310 lid 1 BW vallen, vgl. HR 4 juni 2004, *NJ* 2006/323 over regres van de borg.

61. HR 31 oktober 2003, *NJ* 2006/112 (*Saelman*), vgl. recent HR 4 mei 2012, *LJN* BV6769 dat de (later ontwikkelde) norm herhaalt: 'Daarvan zal sprake zijn als de benadeelde voldoende zekerheid – die niet een absolute zekerheid behoeft te zijn – heeft verkregen dat de schade is veroor-

zaakt door tekortschietend of foutief handelen van de betrokken persoon.' De zaak onderscheidt zich daarin van *Achema/ASR* dat hier géén sprake is van een regresvordering (conclusie, nr. 3.12).

62. Zie G.M. van Wassenae, *Mon. BW* B37, 3e dr. 2008, nr. 26a.

63. Aldus Smeehuizen, diss., p. 231; dit lijkt gesteund te worden door HR 10 september 2010, *NJ* 2012/195 (*RS*) en HR 24 mei 2002, *NJ* 2003/268. Er speelt mee dat de Hoge Raad hier met schade niet doelt op schadeposten doch op de 'beschadiging',

terwijl de wetgever met schade lijkt te doelen op schadeposten. Zie ook conclusie A-G Keus voor HR 11 maart 2011, *LJN* BP1413.

64. Onduidelijk is of dit doelt op de beschadiging of schadeposten.

65. Hetgeen Spier (*Mon. BW* B36, nr. 43) als ik het goed zie nog evident ongerijmd achtte.

66. Wibier, *WPNR* 6931, respectievelijk Bartels, *AAe* juni 2012; over hervordering Krzeminski, *WPNR* 6929.

67. Ronggen, diss. Nijmegen.

68. Van Loon, *NTBR* 2012/15.

69. Haak, *WPNR* 6938.

70. Diamant en Wibier, *WPNR* 6919 respectievelijk Spierings en Pesselse, *NTBR* 2012/28.

71. Ook conclusie voor HR 13 juli 2012, *LJN* BW6744.

72. Rank-Berenschot, *Mon. BW* B7.

73. Ook A.F. Salomons *WPNR* 6921.

74. HR 10 augustus 2012, *LJN* BW5324.

75. HR 29 juni 2012, *LJN* BW9769.

76. HR 13 april 2012, *LJN* BV2629, *NJ* 2012/445, ook over wettelijke rente, proceskosten, en buitengerechtelijke vernietiging.

Een voorbeeld van het gebruik van ongerechtvaardigde verrijking als stoplap om gewenste uitkomsten te bereiken geeft HR 24 februari 2012, *NJ* 2012/143. Dit betreft een vergissing bij de uitwerking van een herschikking van grondeigendom op basis van de Reconstructiewet, zeg maar wat vroeger ruilverkaveling heette. De vergissing leidde tot verval van enkele erfdienstbaarheden; het Hof herstelde deze vergissing. De Hoge Raad sauveert dit oordeel, en interpreteert dit als een bijzonder geval waardoor het niet strijd met de uitputtend bedoelde regeling van de Reconstructiewet; de grondslag wordt gevonden in ongerechtvaardigde verrijking, leidende tot schadevergoeding in natura.

Met zijn arrest van 23 maart 2012, *LJN* BVo614 (*ING/mr. Manning q.q.*) heeft de Hoge Raad zijn eerdere arrest 28 april 2006, *LJN* AV0653, *NJ* 2006/503 (*Huijzer q.q./Rabobank*) bevestigd, waarin is geoordeeld dat een aan de bank op de dag van faillissement van de rekeninghouder gegeven betalingsopdracht niet ten nadele van de faillissementsboedel kan worden uitgevoerd. Thans geeft de Hoge Raad een nadere motivering, namelijk dat de op zichzelf bestaande verplichting van de bank het saldo op verzoek uit te betalen, onvoldoende bepaald is om te gelden als een reeds vóór faillissement bestaande verplichting. Dit is een fraaie toelichting die deze casus relateert aan een algemeen verbintenisrechtelijk gezichtspunt.

### Tot slot over informatie

Om als goed jurist te functioneren hebben we informatie nodig, wat tegenwoordig wil zeggen: gefilterde informatie. Sommigen<sup>77</sup> pleiten voor openbaarmaking van alle uitspraken via rechtspraak.nl, maar ik vermoed dat de meeste juristen blij zijn met enige selectie.<sup>78</sup> Vroeger was een kroniek van belang voor signalering, tegenwoordig zijn er daarvoor – naast en deels ter vervanging van

de traditionele bronnen – nieuwe kennisbronnen, zoals blogs over rechtspraak.<sup>79</sup> Het lijkt daarom zinvol dat deze kroniek in de toekomst afziet van bespreking van alle ontwikkelingen, en zich concentreert op enige hoofdlijnen: dit lijkt ook te worden verwacht. Dat daarmee de praktijkjurist een handzame complete samenvatting van actualiteiten mist, is een onvermijdelijk gevolg van zulke keuzes. Een breder overzicht geeft het

## We missen eigenlijk een Europees Juristenblad

hier voorliggende blad in zijn geheel: het is alleen jammer dat Europese ontwikkelingen (met name literatuur en buitenlandse rechtspraak) hierin begrijpelijkerwijs niet naar voren komen. We missen eigenlijk een Europees Juristenblad dat de hoofdlijnen bijhoudt en dat voor juristen in Europa als referentiekader dient.<sup>80</sup> Een kans – of een gok? – voor een ondernemend uitgever of jurist? •

<sup>77</sup> Bijv. Mommers e.a., *NJB* 2010/1692, afl. 32, p. 2072.

<sup>78</sup> Al zou dat uiteraard niet in de weg staan aan een extra functie bij rechtspraak.nl waar alle uitspraken te raadplegen zouden zijn (afgezien van de kosten daarvan).

<sup>79</sup> Zoals cassatieblog.nl en <http://recent-ecl.blogspot.com/> voor respectievelijk Hoge Raad privaatrecht en HvJ consumentenrecht, en niet te vergeten NJBlog.nl.

<sup>80</sup> Vergelijk eerdere suggesties van Hondius in *Ars Aequi* van de afgelopen jaren voor een Europese doctrine en Asser-reeks.